



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados

Consensual regulation: the role of the consent decree for the behavior adjustment of regulated actors

Thiago Marrara

Resumo: este artigo discute a essência dos compromissos de cessação de prática e busca traçar suas características fundamentais a despeito das peculiaridades de um ou outro modelo adotado em certos setores. Em seguida, aborda as utilidades potenciais dos compromissos, sobretudo no intuito de se demonstrar sua relevância prática na atualidade e de se realçar hipóteses de uso indevido ou abusivo. Reconhecida a essência dos compromissos e suas funcionalidades, parte para a problemática discussão de seu regime jurídico, buscando-se apontar um conjunto de aspectos referenciais que devem ser considerados para diferenciar esses acordos dos contratos instrumentais e concessórios. Em conclusão, adentra o debate sobre a necessidade ou não de previsão legal para a celebração de acordos do gênero, apontando-se as fragilidades de algumas práticas destituídas de suporte legal.

Palavras-chave: regulação; consenso; compromisso de cessação de prática; ajustamento de conduta.

Abstract: This article discusses the essence of the "illegal behavior cessation commitments" (consent decree) and seeks to trace their fundamental characteristics despite the peculiarities of one or another model adopted in certain sectors. It then discusses the potential uses of such commitments, especially in order to demonstrate their practical relevance in the present and to highlight hypotheses of misuse or abuse. Recognizing the essence of the commitments and their functionalities, it starts with the problematic discussion of its legal regime, aiming to point out a set of referential aspects that must be considered to differentiate these agreements from instrumental and concessional contracts. In conclusion, it debates about the necessity or not of legal prediction for the conclusion of agreements of the genre and points out the weaknesses of some practices lacking legal support.

Keywords: regulation; consensus; consent decree; behavior adjustment.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4n1p274-293>

Artigo submetido em: dezembro de 2016

Aprovado em: janeiro de 2017

REGULAÇÃO CONSENSUAL: O PAPEL DOS COMPROMISSOS DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA NO AJUSTAMENTO DE CONDUTAS DOS REGULADOS

Thiago MARRARA*

Sumário: 1 Introdução: a consensualização da regulação; 2 Compromisso de cessação de prática: definição e conteúdo essencial; 3 Utilidades regulatórias do compromisso de cessação de prática; 4 Regime jurídico dos compromissos de cessação; 5 Necessidade de previsão legal; 6 Considerações finais; 7 Referências bibliográficas.

1. Introdução: a consensualização da regulação¹

A efetividade da regulação depende do ajustamento das condutas dos regulados. Não se presta a concretizar interesses públicos primários a atividade estatal simbólica, incapaz de modificar a realidade ou de fazer os agentes econômicos agirem do modo a maximizar o bem-estar e otimizar a prestação de serviços públicos, a exploração de bens ou o desempenho da atividade econômica em dado setor regulado. Para se evitar a regulação simbólica e viabilizar a regulação real, mais que definir as competências das entidades reguladoras, o legislador necessita estimular, prever ou permitir a adoção de mecanismos aptos a imprimir legitimidade e efetividade às suas tarefas e às políticas públicas que elas instrumentalizam.

As técnicas de *consensualização* administrativa servem exatamente a esse fim. A compreensão dessa asserção requer certas explanações terminológicas. A respeito da distinção entre consensualização, consenso, consentimento e consensualidade, valho-me do quanto abordado em estudo específico sobre as transformações e tendências do direito administrativo brasileiro. “Consentimento é aceitação; consenso é aceitação recíproca pelas partes envolvidas ou o acordo sobre um determinado objeto que interessa a mais de um sujeito; a consensualidade, por sua vez, representa o grau de consenso na gestão pública e a consensualização, finalmente, o movimento de busca de consenso e de promoção da consensualidade por novas técnicas administrativas. Diante desse breve panorama, não há que se confundir *consensualidade*, como resultado, com *consensualização*, aqui correspondente a um fenômeno de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração de decisões administrativas” (MARRARA, 2014, p. 40).

* Professor de direito administrativo da USP na FDRP. Livre-docente pela USP. Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Editor da Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA). Advogado consultor. Contato: marrara@usp.br

¹ Registro meus agradecimentos pelos comentários e críticas recebidos de Leonardo Oliveira, especialista em regulação da ANP e mestrando em direito público da Universidade de São Paulo, acerca das ideias desenvolvidas no presente artigo.

Hoje, o fenômeno da consensualização se espalha velozmente pelas chamadas atividades restritivas do Estado, âmbito em que suas utilidades são potencializadas. Isso ocorre por algumas razões simples. A uma, diante de medidas estatais limitadoras de direitos fundamentais de pessoas físicas ou jurídicas, o princípio da legalidade se torna mais rígido por conta da regra de reserva legal geral consagrada na Constituição (art. 5º, II). A duas, a ações do Estado que deflagram efeitos restritivos tendem a gerar mais resistência que as ações benéficas ou de promoção de direitos. A restrição estimula questionamentos de ordem administrativa ou judicial, mormente nas hipóteses em que o destinatário das decisões administrativas (normativas ou concretas) não participe da elaboração da decisão, não compreenda seus fundamentos ou discorde de seu conteúdo.

É nesse contexto de restrição e de tensões entre Estado e sociedade, entre regulador e regulado, que a geração de consensos ganha relevância como fator de incremento da eficiência, da legitimidade das decisões administrativas e de estabilização de seus mandamentos, tornando mais efetivas a regulação e as políticas públicas que a permeiam. Não se pretende dizer com isso que toda e qualquer medida de consensualização seja infalível, nem que o modelo de administração consensual substitua os mecanismos clássicos de administração unilateral. Há que se afastar essas ilusões.

A criação de espaços de diálogo pode perfeitamente gerar e estimular dissensos. Consenso e consensualidade (como grau de consenso em sentido amplo) são meros resultados eventuais do uso de mecanismos dialógicos. Daí resulta que consensualização é meio; consenso é consequência eventual.

Essa conclusão básica é fundamental para evitar ilusões e idealizações a respeito da Administração consensual, bem como para evitar afirmações precipitadas, como a de que o modelo consensual sepultará a administração unilateral clássica. Na verdade, em inúmeros casos, a transformação da consensualização em consensualidade depende exatamente de alguns riscos e estímulos gerados pela existência de mecanismos de Administração unilateral. Em outras palavras, os modelos convivem. Mecanismos consensuais se acoplam a estratégias unilaterais e, de outro lado, medidas estatais coercitivas podem servir de incitação ao diálogo e ao acordo.

A retroalimentação e a inter-relação entre mecanismos tradicionais de gestão pública baseados na autoridade e na unilateralidade e mecanismos pró-consensuais, menos verticalizados, variam conforme o contexto, os interesses dos regulados e o tipo de estratégia de conciliação e diálogo que a Administração utilizará. Na prática, há pelos menos três grandes grupos de instrumentos pró-consensuais, cada qual marcado por dinâmicas, deficiências e utilidades distintas.

Os mecanismos *procedimentais* são aqueles empregados pontualmente em certa fase dos processos administrativos no intuito de promover o diálogo entre sociedade e Estado. Exemplo disso, no âmbito de uma agência reguladora, vislumbra-se

na realização de audiências e consultas públicas como técnicas preparatórias de atos decisórios de caráter normativo ou geral. Os mecanismos *orgânicos*, a seu turno, englobam os canais de diálogo permanente no âmbito de órgãos colegiados. A participação de representantes de especialistas ou de agentes econômicos em conselhos de políticas públicas ou em órgãos regulatórios exemplifica a técnica em questão. O estímulo ao consenso se dá primariamente pela garantia do direito de voz e de voto dos representantes dos diferentes grupos sociais e econômicos dentro dos centros decisórios estatais. Já os mecanismos *contratuais* são aqueles que consolidam o consenso em instrumentos formais bilaterais, como acordos de leniência, acordos em processos de licenciamento ou autorização administrativa ou compromissos de cessação ou alteração de condutas dos agentes regulados no âmbito de processos sancionadores.

Diante das premissas conceituais e terminológicas aqui apresentadas e do reconhecimento da complexidade daquilo que hoje se convencionou chamar de Administração consensual, o propósito desse artigo não é outro, senão o de verificar o papel dos compromissos de cessação de prática como promotores do ajustamento de conduta de agentes regulados em favor da efetividade da regulação e, mais que isso, estimular a doutrina e o legislador a reflexões sobre a regulação por consenso, especialmente sobre os modernos mecanismos contratuais que serão aqui expostos.

Guiado por esse intuito descritivo, mas ao mesmo tempo provocativo, destinado a estimular o debate acerca do instituto em uma perspectiva que supera um ou outro cenário regulatório, abre-se o texto com uma discussão acerca da essência dos compromissos de cessação de prática, buscando-se traçar suas características fundamentais a despeito das peculiaridades de um ou outro modelo adotado em certos setores. Em seguida, abordam-se as utilidades potenciais dos compromissos, sobretudo no intuito de se demonstrar sua relevância prática na atualidade e de se realçar hipóteses de uso indevido ou abusivo. Reconhecida a essência dos compromissos e suas funcionalidades, parte-se para a problemática discussão de seu regime jurídico, buscando-se apontar um conjunto de aspectos referenciais que devem ser considerados para diferenciar esses acordos dos contratos instrumentais e concessórios. Em conclusão, adentra-se o debate sobre a necessidade ou não de previsão legal para a celebração de acordos do gênero, apontando-se as fragilidades de algumas práticas destituídas de suporte legal.

2. Compromisso de cessação de prática: definição e conteúdo essencial

O ordenamento jurídico brasileiro não contém uma fórmula de definição conceitual, nem uma terminologia padrão a respeito do que aqui se denomina de compro-

misso de cessação de prática. Na Lei da Ação Civil Pública,² fala-se de compromisso de ajustamento de conduta;³ na Lei de Defesa da Concorrência,⁴ trata-se do termo de compromisso de cessação de prática; na Lei das Infrações Ambientais⁵ e na Lei da CVM, menciona-se apenas a expressão “termo de compromisso”.⁶

² Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

³ Esta é também a expressão preferida por SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, n. 206, 2015, p. 170.

⁴ Lei 12.529/2011. Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. § 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. § 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei. § 3º (VETADO). § 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez. § 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial. § 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo. § 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração. § 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial. § 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. § 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. § 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. § 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. § 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos. § 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação. § 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.

⁵ Lei n. 9.605/98: art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. § 1º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no *caput* possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre: I - o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; II - o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período; III - a descri-

A despeito da terminologia preferida pelo legislador para cada caso, todos esses acordos se definem por um conjunto de obrigações que, de um lado, impõem a cessação de um comportamento em curso ou a alteração desse comportamento no intuito de fazer cessar seus efeitos negativos e, de outro, como contrapartida à cessação ou à modificação de conduta, exigem do Estado a suspensão imediata de procedimento de apuração ou de processo administrativo sancionador e seu arquivamento definitivo assim que cumpridas as obrigações principais pelo administrado.

Esses ajustes especiais passam por basicamente três fases distintas. A primeira é a fase interna ou pré-acordo, na qual se apresenta a proposta e se desenvolvem as negociações das cláusulas de modificação ou cessação da conduta do agente sujeito à investigação ou sob acusação. A segunda abarca a celebração do compromisso e sua execução. A terceira fase consiste na avaliação do acordo, que pode culminar

ção detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas; IV - as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas; V - o valor da multa de que trata o inciso IV não poderá ser superior ao valor do investimento previsto; VI - o foro competente para dirimir litígios entre as partes. § 2º No tocante aos empreendimentos em curso até o dia 30 de março de 1998, envolvendo construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, a assinatura do termo de compromisso deverá ser requerida pelas pessoas físicas e jurídicas interessadas, até o dia 31 de dezembro de 1998, mediante requerimento escrito protocolizado junto aos órgãos competentes do SISNAMA, devendo ser firmado pelo dirigente máximo do estabelecimento. § 3º Da data da protocolização do requerimento previsto no § 2º e enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de compromisso, ficarão suspensas, em relação aos fatos que deram causa à celebração do instrumento, a aplicação de sanções administrativas contra a pessoa física ou jurídica que o houver firmado. § 4º A celebração do termo de compromisso de que trata este artigo não impede a execução de eventuais multas aplicadas antes da protocolização do requerimento. § 5º Considera-se rescindido de pleno direito o termo de compromisso, quando descumprida qualquer de suas cláusulas, ressalvado o caso fortuito ou de força maior. § 6º O termo de compromisso deverá ser firmado em até noventa dias, contados da protocolização do requerimento. § 7º O requerimento de celebração do termo de compromisso deverá conter as informações necessárias à verificação da sua viabilidade técnica e jurídica, sob pena de indeferimento do plano. Sob pena de ineficácia, os termos de compromisso deverão ser publicados no órgão oficial competente, mediante extrato.

⁶ Nos termos do art. 11 da Lei n. 6.385/1976: § 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos. § 6º O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. § 7º O termo de compromisso deverá ser publicado no Diário Oficial da União, discriminando o prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas, e constituirá título executivo extrajudicial. § 8º Não cumpridas as obrigações no prazo, a Comissão de Valores Mobiliários dará continuidade ao procedimento administrativo anteriormente suspenso, para a aplicação das penalidades cabíveis. § 9º Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas na lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade. § 10. A Comissão de Valores Mobiliários regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 5º a 9º deste artigo aos procedimentos conduzidos pelas Bolsas de Valores, Bolsas de Mercadorias e Futuros, entidades do mercado de balcão organizado e entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários.

no reconhecimento de seu cumprimento, caso em que o processo administrativo será arquivado, ou de descumprimento, caso em que o processo administrativo voltará a correr, sem prejuízo da aplicação de outras sanções pactuadas, geralmente de cunho pecuniário.

De modo geral, portanto, o compromisso de cessação de prática configura acordo administrativo, sujeito a regime jurídico especial e substitutivo de atividades de cunho restritivo e repressivo. Os compromissos se inserem no âmbito de atividades administrativas *restritivas* de direitos ou interesses de qualquer natureza, baseadas ou no poder de polícia ou no poder disciplinar. Os compromissos regulatórios acoplam-se ao exercício do poder de polícia, portanto. Ademais, eles surgem no contexto do exercício de ações *repressivas* de condutas sob as quais pairam suspeitas de ilegalidade. Eles se diferenciam, por esse aspecto, dos ajustes administrativos firmados no âmbito de atividades liberatórias, ou seja, de processos que culminam em autorizações ou licenças administrativas, como o acordo em concentrações existente no âmbito do CADE ou os compromissos firmados em processos de licenciamento ambiental ou urbanístico.

Aplicando-se essa lógica ao campo da regulação estatal, o compromisso se insere nas tarefas regulatórias restritivas de direitos e necessariamente repressivas, ou seja, desenvolvidas com o escopo primário de investigar a compatibilidade de um comportamento comissivo ou omissivo do agente regulado com o ordenamento para restaurar a legalidade e resguardar os interesses públicos que permeiam a política regulatória. Sob essas circunstâncias, o compromisso de cessação de prática emerge como caminho alternativo à acusação e ao processo investigativo ou punitivo. Diante de sua previsão, caberá ao regulador optar entre acusar ou transacionar. Em paralelo, ao agente regulado caberá escolher entre defender-se ou transacionar.

A opção pelo processo levará o regulador e o regulado a um cenário bem conhecido. Em face de dúvidas ou questionamentos sobre o comportamento do regulado, a entidade reguladora abrirá e conduzirá processo administrativo sancionador, precedido ou não de procedimentos de levantamento de indícios de autoria e materialidade. Em seguida, formulará uma acusação e conferirá ao agente regulado acusado o direito de se defender, de produzir provas, de interpor recursos e valer-se de outras garantias do devido processo administrativo no intuito de convencer o julgador administrativo de sua inocência. Nesse modelo processual clássico, o ajustamento de conduta do regulado ocorre por força de determinação estatal unilateral e somente no caso de se concluir o processo com uma decisão condenatória. Reitere-se: trata-se de ajustamento eventual, dependente de condenação e imposto de modo unilateral e coercitivo, ou seja, pela Administração Pública a despeito do consentimento do agente regulado punido. Diante do descumprimento do ajustamento imposto pela autoridade reguladora, caberá executar a decisão administrativa em juízo.

Em contraste, ao se optar pela via consensual com o aval da Administração Pública, o agente regulado aceitará o abandono da discussão acerca da legalidade de sua conduta, afastará o risco da conclusão processual, tornará prescindível a decisão de condenação ou absolvição. Em troca, concordará em submeter-se a um ajustamento de conduta construído de modo dialógico. Nessa situação, pois, o ajustamento não se dará pela imposição estatal da decisão administrativa condenatória, senão pela vontade manifesta daquele agente regulado cuja prática se debatia processualmente.

Para se beneficiar da via alternativa consensual, o administrado assumirá como obrigação principal o compromisso de cessar a prática, imediatamente ou em tempo ajustado com o Estado, ou de, ao menos, alterá-la de modo a afastar seus potenciais efeitos nocivos, sem prejuízo de certas obrigações acessórias, como a de prestar contas. Diga-se bem: cessar a prática pode significar uma obrigação de deixar de agir por completo ou uma obrigação de alterar a conduta de modo a abater preocupações a seu respeito. A escolha entre uma opção ou outra há que se pautar pelo princípio da razoabilidade.

Em nenhuma hipótese, porém, deve-se falar de um compromisso de infração de prática “infrativa”. Salvo disposição legal em contrário, a celebração do acordo não depende da confissão de infração, mas simplesmente do desejo de se suspender e de se arquivar o processo para evitar os custos e as desvantagens que dele derivam. O acordo substitui o processo em relação ao compromissário, dispensa conclusão quanto à ilicitude de seu comportamento, embora subsista em relação a outros acusados que não o tenham celebrado. Diferentemente dos acordos de leniência, a confissão não se impõe em compromissos. Tampouco se faz imprescindível, pela sua lógica, que se restrinja a celebração ao primeiro proponente ou se escalonem os benefícios do compromisso conforme a ordem de celebração com os acusados no processo administrativo.

Apesar de sua nomenclatura, que ressalta a obrigação principal do administrado que celebra o compromisso, não são menos relevantes as obrigações principais assumidas pelo Estado ao aprovar o emprego da via pró-consensual. Sinteticamente, suas obrigações centrais resumem-se a: 1) suspender imediatamente o processo acusatório ou o procedimento preparatório de acusação após a celebração do compromisso; 2) não realizar qualquer atividade instrutória ao longo da suspensão processual, nem buscar impor medidas contra o agente regulado em outras esferas pelo comportamento que é objeto do pacto e 3) arquivar o procedimento ou o processo punitivo após julgar cumprido o acordo por parte do agente regulado.

3. Utilidades regulatórias do compromisso de cessação de prática

O ajustamento repressivo de condutas dos agentes regulados ocorre tanto via condenação em processo administrativo, quanto pelo modelo consensual do compro-

misso de cessação de prática. Em ambos os casos, logra-se a correção comportamental, mas, no primeiro, ela é imposta pelo Estado, enquanto, no segundo, deriva do diálogo, do consenso e da cooperação entre regulador e regulado.

Isso demonstra que a diferença entre o processo punitivo tradicional e a via pró-consensual não reside no ajustamento de conduta, mas sim nos custos e nas dificuldades inerentes a cada um dos caminhos para se atingi-lo. Essa constatação demanda reflexões sobre as utilidades dos compromissos de cessação de prática como técnica de regulação consensual. Quais são os benefícios que ele gera ou pode gerar para o regulador e o regulado? Quais suas vantagens em relação aos meios tradicionais de ajustamento de conduta por decisões condenatórias?

A elaboração de uma resposta demanda a análise apartada das utilidades sob a perspectiva do regulado e do regulador.⁷ A começar pelo regulado, a celebração de um compromisso de cessação ou alteração de sua conduta tem por vantagens concebíveis:

- *A redução de custos com a defesa processual.* Ao celebrar o compromisso, o ordenamento determina a suspensão do processo administrativo e, por conseguinte, das atividades instrutórias. Os custos de produção de prova e de defesa são, portanto, contidos. Some-se a isso o fato de que o acordo mitiga os danos indiretos gerados à imagem do regulado pela condição de figurar como acusado no processo.⁸
- *O afastamento do risco de condenação.* Uma vez cumprido o acordo, o processo sancionador ou preparatório será arquivado em relação ao compromissário, ainda que possa continuar a tramitar em relação a outros. Por conta desse efeito, afasta-se o risco de condenação administrativa, o que se afigura bastante vantajoso, ainda mais em processos acusatórios a que se integram acordos de leniência de outros agentes regulados. Com isso se torna evidente que o efeito do compromisso é, na prática, muito mais poderoso que o da própria leniência, já que ele barra por completo a condenação e a possibilidade de aplicação de sanções. De modo diverso, a leniência pressupõe a condenação, inclusive do colaborador, para que então se lhe confirmem os benefícios por sua cooperação nas tarefas instrutórias.

⁷ Para um panorama geral dos benefícios dos compromissos especificamente no direito administrativo da concorrência, cf. Marrara (2015, p. 379-383).

⁸ Para alguns, no entanto, a celebração do acordo pode ser percebida pelo mercado e pela sociedade como uma confissão de culpa, daí porque, em vez de beneficiar a imagem do agente regulado, poderia prejudicá-la. Nesse sentido, cf. Mattos (1997, p. 45).

- *A diminuição de riscos relacionados ao empréstimo de provas.* Ao impedir que a Administração Pública continue a atividade instrutória e o processo culmine em condenação, o acordo impede a produção de provas que possam ser eventualmente emprestadas por outras autoridades públicas no intuito de instruir processos administrativos ou de outra natureza contra a pessoa jurídica, seus sócios, administradores ou demais funcionários. Esse efeito é bastante relevante em um contexto no qual o ordenamento jurídico parece ignorar a necessidade de articular processos administrativos punitivos baseados em uma mesma conduta. No direito brasileiro, como se sabe, algumas leis expressamente consagram a possibilidade de punição múltipla, como faz a lei anticorrupção ao não excluir a apuração da mesma prática a partir da Lei de Improbidade e da Lei de Defesa da Concorrência.

Para a Administração Pública, inclusive como ente regulador, competente para a condução do processo administrativo sancionador e pela tutela de interesses públicos primários, as vantagens do emprego da via consensual são igualmente expressivas, conquanto muitas delas se revelem potenciais. O acordo é capaz de:

- *Conter imediatamente uma conduta lesiva a interesses públicos.*⁹ Como a obrigação principal do regulado-compromissário consiste em suspender a conduta ou alterá-la, o compromisso produz, para a Administração, o mesmo efeito de uma medida cautelar de suspensão da prática ao longo do processo administrativo e de uma decisão condenatória que determine a cessação da conduta ao final do trâmite. No entanto, a cessação ocorre de modo muito mais fácil e simples pelo fato de o agente regulado se comprometer de maneira voluntária a ajustar seu comportamento. Os custos e as dificuldades para a cessação por força de medida cautelar ou por condenação administrativa são muito maiores. Além de, em geral, não contarem com a aceitação do regulado, a determinação da cautelar pressupõe que a Administração comprove certos requisitos legais (*fumus boni juris* e *periculum in mora*) e a condenação requer robusta produção de provas de autoria e materialidade, além da não incidência de prescrição do poder de polícia.
- *Promover a celeridade na solução de conflitos.* Ao obstar a prática questionada de forma imediata e com apoio de seu autor, o compromisso afasta o tempo necessário à instrução e à conclusão do

⁹ Nesse sentido, cf. também Lobão (2001, p. 87).

processo, impede recursos administrativos e coíbe a judicialização das decisões administrativas punitivas, o que gera ganhos não desprezíveis de celeridade no ajustamento de comportamentos regulados pelo Estado. Nesse sentido, o compromisso se torna um instrumento de promoção do princípio da eficiência em suas diversas facetas, ou seja, eficiência como celeridade,¹⁰ como efetividade e também como economicidade.

- *Elevar a legitimidade estatal.* Ao coibir questionamentos administrativos ou judiciais e viabilizar a proteção cooperativa de interesses públicos primários, o acordo ainda colabora com o aumento do sucesso das políticas públicas estatais e gera, inegavelmente, reforços de legitimidade, ou seja, de respeitabilidade e de aceitação dos entes reguladores e de suas medidas regulatórias.

Todos esses potenciais ganhos e vantagens que o compromisso ocasiona ao ente regulador e ao regulado que o celebra não são fixos e imutáveis. Eles variam conforme fatores temporais e objetivos. Em outras palavras, é preciso ter sempre em mente que os benefícios da via consensual não são sempre idênticos, nem necessariamente ocorrerão em alguns contextos – sobretudo pela força de referidos fatores. Assim, sob determinadas circunstância, é perfeitamente possível que a via punitiva se revele a mais adequada, à luz dos interesses públicos primários, para promover o ajustamento de conduta desejado pelo ente regulador.

O *fator temporal* indica o momento de celebração do acordo em relação à fase do processo administrativo sancionador. Os acordos firmados no início do processo tendem a ser os mais benéficos ao Estado, haja vista que solucionam de imediato as dúvidas e questionamentos sobre o comportamento do regulado, evitando desperdício de tempo e de recursos com a instrução, além de promoverem rapidamente os interesses públicos primários. No entanto, por mais que a celebração veloz de um acordo possa produzir benefícios acentuados ao agente regulado, muitas vezes, ele tenderá a adiar a proposta de compromisso no intuito de examinar com mais calma e mais elementos os riscos de condenação e as vantagens reais da escolha da medida consensual. Em outras palavras, o regulado tende a buscar o acordo mais tardiamente que a Administração, na medida em que preferirá confirmar o risco de condenação à luz do conjunto probatório do processo e necessitará de certo tempo para avaliar os impactos negativos e positivos de se comprometer a cessar ou alterar sua conduta.

Para conter a tendência protelatória, o legislador dispõe de algumas armas. A primeira é determinar que a negociação do acordo não suspenda o curso do processo

¹⁰ Nesse sentido, ver também Palma (2010, p. 251).

administrativo sancionador. Com isso, o acusado assumirá os riscos de sua demora na propositura e na negociação. A segunda arma consiste em vedar a propositura e a celebração do acordo a partir de determinado momento processual, por exemplo, o de conclusão da produção de provas. Ao utilizar referidas estratégias normativas, o legislador maximizará os benefícios do acordo, barrando sua celebração tardia, ou seja, a celebração num momento em que grande parte dos custos pessoais, temporais e sociais do processo já terão sido ocasionados sem possibilidade de reversão ou de mitigação.

Para além do fator temporal, há um *fator objetivo* que igualmente condiciona os efeitos benéficos do compromisso e que consiste na sua vinculação necessária com uma conduta em andamento ou, pelo menos, cujos efeitos ainda perdurem e possam ser cessados pela via consensual. Essa afirmação merece esclarecimentos.

Em primeiro lugar, entende-se aqui que não devem ser celebrados compromissos de cessação sobre condutas passadas, já cessadas, pois, nessa situação, grande parte dos benefícios inexistirá. O compromisso deve ter por objeto uma conduta em curso ou, na pior das hipóteses, uma conduta encerrada, mas cujos efeitos voluntários ainda possam ser controlados pela estipulação de certas obrigações entre regulador e regulado. Os acordos se justificam somente na medida em que mostrem aptidão a atingir seus objetivos primários. Não deve a Administração se valer de acordos sobre práticas cessadas, por exemplo, no intuito de arrecadar recursos financeiros para fundos públicos ou obter outros benefícios que não se relacione primariamente com a tutela dos interesses públicos contra os efeitos nocivos da conduta discutida no processo administrativo. Não é demais ressaltar que configura desvio de finalidade o emprego de compromissos de cessação com finalidade meramente arrecadatória ou vinculados tão somente à promoção de interesses secundários da Administração e de um ou outro agente público.

Em segundo lugar, o acordo somente deverá ser celebrado caso a contenção da prática ou de seus efeitos esteja sob controle do agente regulado. A obrigação de cessação da prática ou de seus efeitos deve ser fática e juridicamente possível, sob pena de o compromisso se constituir em via inútil de solução de problemas e conflitos regulatórios. Assim, não é possível, por exemplo, celebrar compromisso de cessação de condutas que não são objeto de transação quer pelo regulador, quer pelo regulado. Nesses casos, o compromisso esbarrará no princípio da legalidade e naturalmente não estará apto a produzir o ajustamento de conduta esperado pelo regulador.

4. Regime jurídico dos compromissos de cessação

Compreender a racionalidade e as utilidades potenciais dos compromissos de cessação de prática no âmbito regulatório é certamente muito mais simples que delinear o regime jurídico desses instrumentos contratuais no ordenamento jurídico brasileiro.

Há inúmeros motivos a desafiar a construção de um regime uniforme. Em primeiro lugar, não existe uma previsão geral dos acordos de cessação de prática quer na legislação geral de licitações e contratos, quer em leis de processo administrativo. Em matéria regulatória, seria ideal que esses instrumentos constassem de modo explícito de uma lei geral das agências. Em segundo lugar, o tratamento dos acordos ocorre em leis específicas e, por vezes, em atos normativos sem qualquer previsão legal fundante, cada qual envolto em características próprias. Em terceiro lugar, ainda quando existente em lei ou ato normativo da Administração, o regime dos compromissos em espécie muitas vezes se mostra lacunoso. Em quarto lugar, os acordos não se identificam com os chamados módulos contratuais instrumentais, nem com os chamados módulos concessórios,¹¹ cujo regime jurídico é definido por normas gerais do Congresso Nacional. Como a lógica dos compromissos é distinta, analogias com a legislação de contratos e de concessões tornam-se raramente cabíveis.

Uma teoria ou legislação que viesse a tratar de um regime geral dos compromissos de cessação de prática como meio de ajustamento consensual de condutas no âmbito do direito administrativo deveria abordar ao menos quatro aspectos centrais: a propositura dos acordos; a negociação e a celebração; a execução e a avaliação de seu cumprimento para fins de deliberação do arquivamento do processo punitivo.

No tocante à fase propositiva, merecem destaque as discussões acerca do momento, da forma e do conteúdo da proposta, bem como da competência para sua apresentação. Como o compromisso gera benefícios para o Estado e para os regulados, nada parece obstar que a competência de apresentação do acordo ocorra a pedido do acusado ou do próprio ente competente para punir seu comportamento.¹² Para se evitar a perda dos benefícios da via consensual, mostra-se fundamental a utilização de normas de limitação temporal da negociação ou de normas que impeçam a suspensão do processo administrativo ao longo da negociação. A forma da proposta deve ser em regra escrita, dispensando confissão, salvo em caso de leniência. No conteúdo, ela já deverá apontar um esboço das obrigações principais de extinção da conduta ou de sua correção, levando em conta, como dito, o princípio da razoabilidade e da eficiência.

No que se refere à fase de negociação e de celebração, importante que a legislação esclareça, normativamente, o dever de a Administração negociar o compromisso quando as propostas respeitarem os requisitos materiais, formais e temporais. Em

¹¹ Nesse sentido, por uma nova tipologia dos contratos administrativos e a inserção dos acordos substitutivos em categoria própria, cf. Menezes de Almeida (2012, p. 297 e seguintes).

¹² Também nesse sentido, Saddy e Greco (2015, p. 171).

alguns setores que já preveem compromissos de cessação, debate-se se existe ou não discricionariedade de ação da Administração nesse particular.¹³

Defende-se aqui que a *negociação* deve ser vinculada, obrigatória. Autorizar o regulador a negar a negociação equivaleria a lhe permitir recusar a análise de soluções de ajustamento mais razoáveis e eficientes no caso concreto. Não é isso, porém, que se espera da Administração. Suas decisões devem ser racionais, ponderadas e ótimas. Para tanto, é fundamental que a negociação do acordo se realize para se comprovar se a via consensual será ou não mais adequada ao caso concreto.

Já no tocante à *celebração*, porém, a discricionariedade necessita ser reconhecida. Afinal, pode ser que a negociação falhe, a minuta final não agrade ao órgão regulador com poder de decisão, aspectos temporais afastem os efeitos benéficos do acordo ou, ainda, que a Administração prefira a via punitiva por questões de interesse público, como a de fixar uma orientação sobre determinada prática aos agentes regulados.

Em relação à *execução*, cabe diferenciar os compromissos, como mecanismos pró-consensuais em atividades estatais restritivas, dos contratos administrativos tradicionais, sobretudo para evitar, sobre ele, a incidência de poderes exorbitantes indevidos, como o de alteração unilateral pela Administração e de exigência de garantias inoportunas. A efetividade do compromisso se assenta principalmente no ajustamento voluntário do comportamento do regulado, daí a necessidade de se imprimir maior horizontalidade às relações contratuais nesse cenário, afastando-se o Estado do exercício de pressões indevidas. De modo geral, também é oportuno que se convencie a contratação de um terceiro desinteressado para realizar as atividades de fiscalização das condutas pactuadas, sobretudo no intuito de se garantir maior impessoalidade ao monitoramento da execução contratual.

Quanto à avaliação de cumprimento e descumprimento, também algumas cautelas precisam ser observadas. Em primeiro lugar, é imperioso diferenciar os efeitos do descumprimento em relação às obrigações principais e às obrigações acessórias. Nem todo tipo de descumprimento deverá obstar os efeitos esperados do ajustamento consensual, sem prejuízo da aplicação de sanções acessórias, de cunho punitivo, por exemplo. Em segundo lugar, cabe distinguir os efeitos de descumprimentos imputáveis ao agente regulado daqueles ocasionados pelo agente regulador. Dada a horizontalidade que marca os compromissos e as importantes obrigações que ambas as partes assumem reciprocamente, não se mostra incabível que a própria Administração venha a assumir responsabilidade contratual por certas condutas indevidas, como a não suspensão das atividades de produção de provas contra o regulado ao longo do ajuste.

¹³ Em relação ao compromisso de cessação do direito concorrencial e à discricionariedade na sua celebração, cf. as reflexões de Cordovil, Carvalho *et al.* (2011, p. 186); Marques Neto (2011, p. 16); Furlan (2004, p. 127) e Marrara (2015, p. 433 e seguintes).

Como dito, embora algumas leis tratem dos compromissos com certa profundidade, nem todos esses aspectos centrais encontram detalhamento normativo, daí a necessidade de se preencherem as lacunas, em primeiro lugar, mediante cláusulas claras e completas nos próprios compromissos e, na falta do ajuste contratuais, por meio da analogia com normas que disciplinem ajustes marcados pela horizontalidade. Aplicações subsidiárias automáticas da legislação de contratos instrumentais (obras, compras e serviços) ou concessões não encontram respaldo legal geral e analogias com os dispositivos que regulam esses ajustes podem se mostrar indevidas, dada a peculiar função desempenhada pelos compromissos substitutivos de processos administrativos punitivos. Ideal seria, a bem da verdade, que o legislador brasileiro tratasse desses e outros mecanismos pró-consensuais por uma lei de contratação própria ou, ao menos no âmbito da União, por normas inseridas na lei de processo administrativo federal ou em uma lei de agências.

5. Necessidade de previsão legal?

Mais graves que as lacunas do ordenamento jurídico a respeito dos pilares centrais do regime jurídico dos compromissos de cessação de prática são as lacunas quanto à possibilidade de se celebrar um acordo do gênero em certos contextos. Com efeito, há três situações normativas distintas no Brasil. Na primeira, é a própria lei que prevê a possibilidade de acordo com via alternativa de ajustamento de conduta. Na segunda, o acordo é previsto e tratado unicamente em um ato normativo regulamentar do ente regulador. Na terceira, não há previsão legal, nem em ato normativo interno. De acordo com estudo realizado por André Saddy e Rogério Greco, a segunda situação ocorre no âmbito da ANTT, da ANTAQ, da ANATEL, da ANP, da ANAC e da ANEEL. Já a terceira situação, em que faltam normas legais e regulamentares, aparece na ANCINE, na ANVISA e na ANA (SADDY; GRECO, 2015, p. 175-179).

Perante os dois últimos cenários, a questão que se coloca é a seguinte: na falta de previsão legal, é possível substituir o processo sancionador por um compromisso de cessação de prática? Sem previsão na lei de regência da agência reguladora, pode o regulador celebrar um compromisso com o agente regulado? Harmoniza-se com o ordenamento jurídico, na falta de autorizativo legal, a previsão de celebração do acordo em ato normativo editado pelo ente regulador?

Fernando Dias Menezes de Almeida trata explicitamente do assunto e aduz que a ausência de uma previsão legal dos ajustes ora debatidos não representa uma vedação de sua celebração. A possibilidade de se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão estaria implícita no poder de decidir de modo unilateral. “Por outras palavras, está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção da Administração por impor a si própria certos condicionantes de sua ação, importando obrigação para com o destinatário da decisão. É lícito que se che-

gue a essa opção por uma via consensual de formação da convicção” (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 302).

Alexandre Cunha Filho perfilha o mesmo entendimento, mas com base em argumentos distintos, de traços mais principiológicos. Após realizar ampla análise das transformações do princípio da legalidade e de seu *status* na Administração contemporânea, aduz que “opções feitas à luz do bloco de legalidade devem perseguir a melhor solução possível para o problema enfrentado pela autoridade, o que pressupõe o sopesamento de todos os interesses públicos e privados subjacentes a uma intervenção da Administração (...)”. Sob essa premissa, considera que se o ente competente, “após avaliação dos prós e contras da medida a ser adotada, entenda que, em vez do ato unilateral, deva celebrar acordo com o particular, esta é a escolha que deve ser feita, ainda que não exista nenhuma lei específica que assim o autorize” (CUNHA FILHO, 2015, p. 16).

Apesar da força de ambos os argumentos, considero jurídica e pragmaticamente arriscado acompanhar a orientação de que as autoridades, inclusive regulatórias, possam celebrar acordos sem base legal. Em realidade, há uma série de razões a justificar a exigência de autorizativo de lei para a celebração dos compromissos de cessação como alternativa ao processo sancionador, a saber: a ausência de discricionariedade da via punitiva, a hierarquia das normas, a exigência de legitimação democrática e lei para as decisões administrativas e os riscos gerados pela adoção de práticas consensuais não autorizadas quer para o ente regulador e seus agentes, quer para o regulado e para a própria manutenção do compromisso.

O primeiro argumento talvez seja o mais relevante a esclarecer a necessidade de previsão legal. Em regra, a decisão unilateral punitiva não está sob o poder de escolha do administrador público, daí porque não se pode utilizar a lógica “*ad maius, ad minus*” (quem pode o mais, pode o menos). A legislação em geral dispõe que, uma vez encontrados indícios de autoria e materialidade relativos ao comportamento possivelmente ilícito, a Administração deverá instaurar processo sancionador e, caso obtenha provas e não se configure prescrição, punirá o infrator.

Diga-se bem: não existe discricionariedade de ação ou quanto ao exercício da competência, mas simples discricionariedade de conteúdo, ou quanto ao tipo e à dosimetria das sanções. Isso é o que torna a realidade dos compromissos de cessação de prática em processos punitivos completamente distinta dos compromissos celebrados em processos autorizativos ou de licenciamento. Daí se extrai a necessidade de cautela quanto à elaboração de conclusões generalizantes para todo e qualquer tipo de acordo em atividades regulatórias.

Assim, retomando a realidade dos compromissos de cessação de prática, ao se partir da premissa de que, em geral, a lei vincula o exercício da competência punitiva, não há como se vislumbrar no sistema administrativo repressivo uma margem de escolha implícita de ação. Se alguma discricionariedade existe, como dito, ela atin-

ge tão somente o conteúdo da decisão punitiva. Considerando-se que as leis tipificam infrações e lhes acoplam a sanções administrativas, a Administração terá que punir o acusado que venha a ser condenado, embora possa muitas vezes escolher as medidas punitivas conforme os critérios legais.

Para que a Administração abandone o processo punitivo, será essencial que a legislação lhe ofereça de modo explícito um poder de abstenção ou uma via alternativa em norma da mesma hierarquia. Do contrário, a omissão na condução do processo sancionador configurará renúncia de competências, representativa de violação direta de uma das diretrizes normativas centrais da lei de processo administrativo federal, cujo texto é claro ao prescrever que a Administração somente poderá deixar de executar a tarefa que o povo lhe impõe por meio de norma legal quando uma lei, igualmente refletora da vontade do povo, autorizar o não agir ou o agir de outra forma.¹⁴

O segundo argumento contrário à celebração de acordos substitutivo de processo punitivo sem base legal diz respeito à hierarquia das normas. Perante a lacuna legislativa, a título de exemplo, poderia um ente regulador deliberar pela edição de normas internas que disciplinassem o compromisso de cessação de prática no seu setor regulado. Nessa situação, o uso da via alternativa pró-consensual nem sempre será aceitável. Para entender essa afirmação, há que se distinguir dois cenários.

Há setores em que o sistema punitivo é deslegalizado, ou seja, o legislador atribui ao ente regulador a competência para construir as infrações e sanções administrativas por meio de atos normativos internos de caráter regulamentar. Nessa situação, como o legislador delega expressamente a atribuição de tratar do ajustamento de conduta dos regulados ao ente administrativo, não parece haver óbices ao emprego de compromissos previstos exclusivamente em norma interna, de natureza infralegal.

Diferente, porém, é a situação em que a lei em sentido formal e material cuida diretamente e em detalhes das infrações e sanções administrativas. Aqui, para que os compromissos se tornem válidos e não configurem renúncia indevida de competência, a própria lei deverá oferecê-lo ao regulador como uma alternativa de ajustamento consensual de condutas. Afinal, a norma legal é decorrente da vontade do povo. Está legitimada democraticamente. Eis a explicação da supremacia da norma legal sobre a norma administrativa interna e o fator que torna esta última ilegal na medida em que não se compatibilize, de modo implícito ou explícito, com a decisão popular assentada no texto legislativo. Nesse sentido, a celebração de acordo com base em norma interna que distorça o sistema punitivo previsto em lei mostra-se incabível.

¹⁴ De acordo com o art. 2º, parágrafo único, nos processos administrativos serão observadas as seguintes diretrizes: II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.

Ao se defender, nesta última hipótese, a exigência de norma legal autorizativa do uso da via consensual como uma forma alternativa de ajustamento de conduta em substituição ao processo punitivo, não se pretende dizer que o compromisso de cessação de prática tenha que estar previsto com todas as letras na lei que preveja as infrações e as sanções administrativas de um determinado setor regulado. Para validá-lo como técnica de regulação consensual, torná-lo legítimo, basta que a legislação preveja norma autorizativa da substituição do processo sancionador por outros mecanismos de solução de conflitos ou controvérsias, capazes de garantir as finalidades regulatórias e os interesses públicos primários sob tutela administrativa. A norma autorizativa pode ser mais ou menos vaga, aberta, indireta. Não é aceitável, contudo, que o compromisso venha a ser celebrado em substituição ao processo sem qualquer fundamento legal, salvo, como dito, quando todo o sistema punitivo estiver deslegalizado.

Além de juridicamente questionável, a orientação de celebração do compromisso sem base legal explícita pode lançar os agentes públicos e os regulados em uma perigosa armadilha. Na falta de autorização legal, o compromisso pode ser taxado como ilegal, sobretudo quando questionado por titulares de direitos e interesses coletivos e difusos por ele atingidos de modo reflexo, como consumidores, ou pelos chamados reguladores indiretos, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Paralelamente, os agentes públicos poderão ser acusados na esfera disciplinar e eventualmente da improbidade por abrirem mão do processo punitivo sem a devida autorização legal. Já os agentes regulados submeter-se-ão a risco de acusação com base na lei de improbidade e na lei anticorrupção.

Por conta dessas possíveis consequências negativas, a previsão legal dos acordos não é apenas juridicamente recomendável. Em termos pragmáticos, ela é essencial para conferir à via consensual estabilidade e oferecer aos regulados e ao ente regulador todos os benefícios que o modelo de ajustamento consensual de condutas permite. Como repisado, a autorização legal torna-se dispensável exclusivamente na hipótese de deslegalização do sistema punitivo regulatório – mas mesmo aqui existirá alguma autorização legal enraizada na vontade dos representantes do povo, qual seja: a norma que prevê a deslegalização.

6. Conclusão

Ao longo dos anos, o direito administrativo brasileiro tem sido enriquecido com uma pluralidade de mecanismos de promoção e busca do consenso como armas de legitimação estatal, promoção da eficiência e da efetividade de políticas públicas e da regulação. O compromisso de cessação de prática ilustra um dos inúmeros meios pró-consensuais que permeiam com cada vez mais frequência o contexto regulatório brasileiro. Ao longo desse ensaio, objetivou-se evidenciar as dificuldades que ainda necessitam ser superadas para a consagração dessa via consensual específica.

Em primeiro lugar, há que se trabalhar uma definição teórica desses acordos capaz de abarcar suas mais diversas versões na legislação brasileira. O reconhecimento da essência do compromisso é o que permitirá distinguir suas obrigações centrais e acessórias, bem como avaliar as situações em que o instrumento é utilizado de modo correto ou de maneira abusiva, por exemplo, para fins arrecadatários ou de mera satisfação de interesses secundários da Administração Pública.

Em segundo lugar, intentou-se enumerar alguns dos potenciais efeitos dos compromissos para o Estado e para a sociedade, ou melhor, para os entes reguladores e para os regulados, principalmente com o objetivo de se sepultar, de vez, as alegações de que eles não se compatibilizam com os pilares valorativos do direito administrativo. Destacou-se, porém, que esses efeitos nem sempre estarão presentes, pois dependerão da conjunção de fatores temporais e objetivos, entre outros. É plenamente concebível que, em certas situações, a via consensual de ajustamento de condutas reguladas não se mostre a mais adequada a promover os interesses públicos primários.

Em terceiro, aprofundou-se a problemática do regime jurídico dos compromissos, que, por sua função e contexto, não pode se identificar com o regime dos contratos instrumentais, nem com o das concessões de serviços públicos. Nesse particular, desejou-se estimular a reflexão acerca de um regime jurídico próprio que leve em conta, ao menos, aspectos de propositura, negociação, execução e avaliação dos compromissos. Na falta de um regime legal geral, também se destacou a relevância de que os acordos sejam elaborados de modo cuidadoso e detalhado, mesmo nas situações em que a lei especial os discipline.

Em quarto lugar, resgatou-se a problemática, ainda mais delicada, da necessidade de previsão legal da via pró-consensual de ajustamento de conduta como alternativa ao processo sancionador, defendendo-se a imprescindibilidade da autorização do legislador diante da vedação da renúncia de competência, da hierarquia das normas e da necessidade de se legitimar democraticamente as ações administrativas, sobretudo em matéria regulatória. A previsão legal explícita torna-se prescindível tão somente nos casos em que o regime sancionatório como um todo seja deslegalizado por uma decisão do legislador. Nessa hipótese específica, como as infrações e sanções receberão tratamento por norma regulamentar, o acordo também poderá ser disciplinado no mesmo nível normativo.

Mais que descrever um fenômeno contratual e apresentar soluções concretas a seus problemas operacionais, ao tratar dos quatro aspectos centrais apontados, as reflexões lançadas nesse ensaio se direcionam a provocar e a sensibilizar a doutrina e os agentes políticos brasileiros. É preciso que se ressalte a necessidade de se construir rapidamente mais teoria e de se elaborarem normas gerais que confirmem autonomia, segurança e previsibilidade aos compromissos de cessação de prática, pois eles cumprem um papel de inegável relevo como via alternativa de ajustamen-

to de condutas reguladas e, quando bem utilizados, podem imprimir alto grau de eficiência às políticas públicas no Brasil. Como observa Alexandre Santos de Aragão (2014, p. 230), há que se oferecer à regulação “novas técnicas – flexíveis e consensuais –, que, sem excluir as anteriores, a elas se somem para serem mais eficazes e menos onerosas (para a sociedade e para o próprio Estado)”.

7. Referências bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O atual estágio da regulação no Brasil. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.
- CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques et al. *Nova lei de defesa da concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos? *Revista de Contratos Públicos*, n. 7, 2015.
- FURLAN, Fernando Magalhães. *Questões polêmicas em direito antitruste*. São Paulo: Lex, 2004.
- LOBÃO, Carla. Compromisso de cessação de prática: uma abordagem crítica do instituto. *Revista do IBRAC*, v. 8, 2001.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e de sanção. *REDAE*, n. 27, 2011.
- MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.
- MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MATTOS, César. O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas ao CADE uma abordagem da teoria dos jogos. *Revista do IBRAC*, v. 4, 1997.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: QuartierLatin, 2012.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo sancionador*. São Paulo: FDUSP (dissertação de mestrado), 2010.
- SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, n. 206, 2015.